

DISCRICIONARIEDADE: LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL

Edmar Viane Marques Daudt ¹

Introdução. Parte I – Discrecionalidade no ato administrativo. Administração pública. Ato administrativo. Discrecionalidade. Parte II – Controle judicial. Fundamentos do controle. Limites do controle. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente tem por objeto o estudo dos limites do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pelo Poder Público no exercício da discrecionalidade e comumente classificados como atos discrecionários da Administração Pública. Para tanto, de início se apreciam, ainda que sucintamente, o conceito de Administração Pública e diversos aspectos referentes aos atos administrativos, para depois adentrar na questão essencial, ou seja, o estudo da discrecionalidade, característica de muitos dos atos administrativos, bem como da possibilidade de serem tais atos submetidos ao crivo judicial. Não se desconhece a necessidade de um permanente controle, pelo próprio Poder Público, sobre todos os seus atos como consequência da autotutela; o que se busca é analisar a possibilidade de o controle da discrecionalidade também ser exercido pelos magistrados togados.

A Constituição Federal assegura que qualquer lesão ou ameaça aos direitos individuais seja levada à análise do Poder Judiciário, não importando, para tanto, se o oponente é um particular ou o próprio Estado. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, expressamente aludido no artigo 1º da Magna Carta, não se concebe, em hipótese alguma, que o Poder Público - incumbido de prover os direitos sociais -

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade de Passo Fundo.

venha a praticar atos que ofendam as garantias constitucionais.

Nesse contexto, em que é manifesta a preocupação, por parte do constituinte, em contemplar os desfavorecidos com diversos serviços públicos essenciais, como saúde, educação e assistência, como decorrência direta da norma constitucional, surge a submissão de todos os atos governamentais ao exame por parte do Poder Judiciário. Assim, visando assegurar a permanente e efetiva realização do disposto na Lei Fundamental, é imprescindível que também os atos ditos discricionários sejam objeto de análise judicial. Isso, por si só, não significa que o juiz possa substituir a decisão do administrador pela sua, quando qualquer uma delas for apta a atingir a finalidade prevista no ordenamento. Quando a solução dada pelo governante for razoável para o caso concreto, estando em consonância com os princípios que regem a atividade administrativa, com os princípios gerais do direito e sem ferir os direitos fundamentais, haverá óbice para a sua substituição pelo Poder Judiciário, em vista da independência dos poderes e da liberdade de opção da Administração Pública.

A discussão quanto aos limites do controle judicial interessa a todos que atuam na esfera do direito público, o que bem denota sua atualidade. Por certo, é cabível a mais ampla análise crítica imaginável, seja em vista da enormidade de aspectos passíveis de questionamento, seja pela infinitude de situações concretas a serem solucionadas.

PARTE I - DISCRICIONARIEDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

Como é sabido, enquanto ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, o Estado somente pode realizar o que está previsto na lei. O princípio da legalidade vem assentado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal; a Administração Pública deve observá-lo quando da prática de todos os seus atos, da mesma forma que deve se submeter aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sob pena de invalidade do ato administrativo.

Assim, seria questionável a existência de atos administrativos discricionários quando o texto constitucional determina a subsunção do Estado e do seu agir ao previsto na lei. Isso porque, em razão do princípio da legalidade, esperar-se-ia que estivesse completamente prevista na lei a forma de atuação do Poder Público para qualquer situação, como ocorre com os atos administrativos ditos “vinculados”.

Há várias teorias tentando configurar a discricionariedade existente em muitos dos atos praticados pela Administração Pública, entendida aquela como sendo a faculdade de opção dentre várias soluções possíveis, mas todas capazes de atender à finalidade do ato administrativo.

A seguir, apresentar-se-ão aspectos referentes à própria Administração Pública, posto que é dela que emanam os atos objeto do presente estudo. Após, referir-se-ão, de forma breve, os atributos e os elementos que caracterizam os atos administrativos, para, ao final desta parte, aprofundar-se a discussão quanto à discricionariedade propriamente dita.

Nesse ponto, demonstrar-se-á que a discricionariedade não é um poder imanente

aos atos administrativos, a ponto de permitir ao administrador uma livre escolha, mas, sim, que se trata de um dever, obrigação essa que precisa ser bem desempenhada pela Administração Pública, sob pena de o ato ser tido como inválido, bem como que, ao contrário do que muitos ainda pensam, a discricionariedade não decorre da ausência de lei.

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O vocábulo *administração* tem origem no latim (*administratione*), podendo expressar tanto a ação propriamente dita desenvolvida pelo administrador como a gestão de negócios públicos ou particulares; ainda, é utilizado com o sentido de governo ou como o “conjunto de princípios, normas e funções que têm por fim ordenar a estrutura e funcionamento” de um órgão público.²

Para Di Pietro, Administração Pública é a “atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos”.³ A autora transcreve ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem o vocábulo em questão tanto pode significar “servir, executar para outros” como expressar o sentido de “direção ou gestão”. A discussão envolve a raiz *min*, que, para alguns, está associada a *manus*, *mandare*, ao passo que, para outros, deriva de *minor*, *minus*, *minister*.⁴ De qualquer forma, a expressão é empregada para indicar subordinação passiva, no sentido de o agente ser orientado ou ser dirigido.

Cirne Lima traça interessante paralelo com a atividade privada quando refere que administração é a atividade “do que não é proprietário” e conclui que, de forma semelhante, em direito público, administração é “a atividade do que não é senhor absoluto”.⁵ Tem razão, porque a Administração Pública está subordinada ao disposto na lei e no ordenamento, devendo perseguir a realização do bem comum. O administrador está sujeito às determinações do senhorio, que, no caso, é a coletividade, e deve atender as suas necessidades, previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Curioso transcrever definição apresentada por Vicente Rego, então lente da 3ª Cadeira do 5º ano da Faculdade de Direito do Recife, em obra publicada ainda em 1860, nos seguintes termos:

ADMINISTRAÇÃO - É a ação do Governo e debaixo d'esta relação é o seu complemento necessário. Elle é a cabeça; ella é o braço da sociedade. A Administração é pois o Governo do paiz, menos a factura das leis, e a acção de justiça entre os particulares.⁶

² HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Dicionário eletrônico Aurélio - século XXI.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 48-55.

⁴ CRETILLA JR., José. **Curso de direito administrativo**. p. 12.

⁵ LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo**. p. 20-21.

⁶ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo para uso nas Faculdades de Direito do Império**. p. 2.

O conceito vem apresentado pelo referido professor na forma denominada “negativista”, que tem origem, segundo ensinamento de Diógenes Gasparini, nos Estados primitivos, onde, inicialmente, cabia ao chefe legislar, executar e julgar.⁷ Tal critério é criticado por enunciar o que não é administrar, em contraponto à correta definição que preceitua o que é determinada coisa.

Nesse sentido, Alcides Cruz, já em 1914, preocupava-se com o conceito sob o aspecto positivo, concluindo que a Administração Pública constituía-se de uma “organização adequada”, “verdadeira executora da vontade do governo, mediante os serviços públicos, que é por onde são atendidos os interesses do Estado, colectivamente” (sic).⁸

A polémica quanto à conceituação não é exclusiva do direito pátrio.

Héctor Escola, após associar o surgimento da Administração Pública moderna à Revolução Francesa, fazendo nascer um conceito verdadeiro do que seja interesse público, indica a existência de duas outras teorias que buscam conceituar administração. Segundo o critério orgânico ou subjetivo, Administração Pública é a atividade administrativa, excluída a judicial e a legislativa. Para uns, administração seria a atividade do Poder Executivo, excluídas algumas funções, tais como as de governo, por exemplo; para os adeptos da outra teoria, tem o sentido de conjunto de órgãos que realizam as funções executivas.⁹

O atendimento às necessidades básicas, de regra, é prestado pelo Poder Público e constitui o que Marcello Caetano denomina de “necessidades coletivas instrumentais”.¹⁰ Para o professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Administração Pública é “o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política e directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados”.

Vem a calhar o aforisma de que, no direito, há rótulos diferentes para conteúdos iguais, como também nos valem de rótulos iguais para conteúdos diferentes. Caetano utiliza letras minúsculas para significar o conjunto de órgãos encarregados de prestar tais atividades, ao passo que Meirelles¹¹ e Cretella Jr.¹² grafam a expressão “administração pública” com letras minúsculas quando se referem à função ou à atividade administrativa, reservando as iniciais maiúsculas para designar as entidades e órgãos administrativos.

Enterria e Fernandez, por sua vez, apresentam a evolução do conceito de administração assinalando que, a partir da Revolução Francesa, coincidia com o de Poder Executivo, passando a ser, posteriormente, identificada não mais com um poder,

⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. p. 28.

⁸ CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. p. 18.

⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. p. 34-40.

¹⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. p. 4-5.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 50.

¹² CRETELLA JR., José. **Curso de direito administrativo**. p. 13-14.

mas, sim, com uma função de Estado. Após, a concepção de administração evoluiu, tomando o sentido de gestão e, finalmente, sendo tida como pessoa, posto que

actúa siempre ante el Derecho como um sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde com su patrimônio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. (...) Desde esta perspectiva se impone así la consideración de la Administración como una organización dotada de personalidad jurídica.¹³

Após a exposição de tantos conceitos, parece que a razão está com Falla, para quem a Administração Pública é um “complexo orgânico”.¹⁴ Discordamos do autor, entretanto, no que tange à afirmação de que esse complexo estaria integrado ao Poder Executivo. Eis aqui um ponto a ser aprofundado. Para Bandeira de Mello, “há atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos”, citando como exemplo “atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário” e também as licitações.¹⁵ Está proposta a questão: somente deve ser tida como de administração pública a atividade desenvolvida pelo Poder Executivo? Entendemos que a expressão tem caráter mais amplo, abrangendo atividades realizadas também nos outros poderes, ainda que esporadicamente.

Com razão, assevera Celso Bastos que nos três poderes existem órgãos administrativos, sendo que os órgãos de índole administrativa no Legislativo e no Judiciário existem na medida em que se fazem necessários para o exercício da função típica do poder.¹⁶

Na nossa opinião, a expressão alcança também os órgãos do Judiciário e do Legislativo que possibilitam ao Estado a realização de suas finalidades. Ora, se a prestação jurisdicional, por exemplo, deve ser prestada pelo Estado e, para tanto, se faz necessária uma estrutura para que o serviço seja oferecido aos cidadãos, também aí haverá administração pública. Não é por acaso que o constituinte se referiu de forma ampla à Administração Pública no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal: “Administração Pública (...) de qualquer dos Poderes”.

Vale a ressalva feita por Meirelles de que, muito embora o Judiciário tenha por função precípua aplicar o direito e ao Legislativo caiba a elaboração das leis, “todos os poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento” praticando, portanto, “atos que a rigor seriam de outro Poder”.¹⁷

Ao final, não obstante os diversos significados que a expressão possa

¹³ ENTERRIA, Eduardo García e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. p. 24-30.

¹⁴ FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. p. 40.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 173.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. p. 57-58.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 51.

compreender, utilizando-se iniciais maiúsculas ou minúsculas, o importante é ressaltar que, em termos objetivos, compete ao administrador público desenvolver a atividade de fomento, exercer o poder de polícia e prestar os serviços públicos, diretamente ou por terceiros. Para atingir a finalidade da busca do bem comum, são praticados infinitos atos, ditos “atos da administração”, os quais devem ser sempre realizados com observância aos princípios, regras, limites, enfim, respeitando-se todos os ditames constitucionais e infraconstitucionais referentes à Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, como também os princípios gerais de direito e os direitos fundamentais dos cidadãos.

1.2 ATO ADMINISTRATIVO

Para a consecução de suas finalidades públicas, seja de fomento, de poder de polícia ou de prestação de serviços, a Administração Pública celebra contratos, bem como realiza uma série de atos, denominados, em sentido amplo, de “atos da administração”. No Brasil não há definição legal do que seja ato administrativo. Doutrinariamente, conceitua-se ato administrativo como sendo “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.¹⁸

Tais atos podem ser classificados como atos de direito privado, a exemplo da locação de um imóvel para instalar uma creche; atos materiais, como a demolição de uma casa no exercício do poder de polícia; atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, como a emissão de atestados, atos normativos, a expedição de decreto regulamentar; atos políticos, como o indulto, o veto e a intervenção nos Estados e, ainda, atos administrativos propriamente ditos, posto que a expressão ato da Administração “tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa”.¹⁹

Após aludir que a maioria dos doutrinadores limita-se a enumerar as diversas espécies de atos administrativos, Cretella Jr. diz da dificuldade de classificá-los mediante critérios predeterminados, seja em vista da variedade dos atos, seja pela diversidade de aspectos a serem considerados, como também pela impropriedade terminológica muitas vezes constatada. Ainda assim, o autor identifica as subdivisões apresentadas pelos maiores doutrinadores tanto no direito pátrio quanto no direito comparado.²⁰

Bandeira de Mello classifica os atos administrativos da seguinte forma: quanto à natureza da atividade (de administração ativa, de administração consultiva, de administração verificadora, de administração contenciosa), quanto à estrutura do ato (concretos e abstratos), quanto aos destinatários do ato (individuais e gerais), quanto à função da vontade administrativa (negociais e puros), quanto aos efeitos

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 162.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 157-158.

²⁰ CRETELLA JR., José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. p. 115.

(constitutivos e declaratórios), quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados (ampliativos e restritivos), quanto à situação de terceiros (internos e externos), quanto à composição da vontade produtora do ato (simples e complexos), quanto à formação do ato (unilaterais e bilaterais), quanto à natureza das situações jurídicas que criam (atos-regra, atos subjetivos e atos-condição), quanto à posição jurídica da administração (de império e de gestão) e, ainda, quanto ao grau de liberdade da administração na prática do ato (discricionários e vinculados).²¹

Não obstante possa ser tida como a mais importante das distinções, tem-se como imprópria a diferenciação entre atos discricionários e atos vinculados, uma vez que não existe ato totalmente vinculado como também não há ato discricionário propriamente dito. O que se verifica é a possibilidade de o Poder Público agir com maior ou menor discricionariedade quando da solução dos problemas que se apresentam diariamente ao administrador. Para Germana de Moraes, tendo em vista que não existem atos em que o governante atua com total discricionariedade, “desaparece a distinção entre as categorias dos atos vinculados e discricionários”, podendo-se considerar como discricionários “tão somente certos aspectos ou elementos dos atos administrativos”.²²

De qualquer forma, ainda que impropriamente, o uso de tais qualificativos está consagrado na doutrina e na jurisprudência pátria.

Para a validade dos atos jurídicos em geral, conforme disposto no artigo 104 do Código Civil, é exigida a ocorrência de três requisitos, a saber: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. No que se refere aos atos administrativos, sejam eles executados com maior ou menor carga de discricionariedade, é indispensável também sejam apresentados seus requisitos.

Em se tratando dos atos administrativos, não há unanimidade quanto à nomenclatura. Bandeira de Mello, por exemplo, assevera que “usa-se a expressão elementos do ato administrativo para indicar os requisitos do ato” e arremata que a expressão elementos “é muito infeliz”, uma vez que sugere “a idéia de ‘parte componente de um todo’” enquanto alguns são “exteriores ao próprio ato”, não podendo, portanto, ser seus elementos.²³ O doutrinador considera o conteúdo e a forma como sendo elementos do ato e o sujeito, o motivo, os requisitos procedimentais, a finalidade, a causa e a formalização como pressupostos do ato administrativo.

Em consonância com o disposto no artigo 2º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Di Pietro arrola os seguintes elementos do ato administrativo: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.²⁴

Em relação ao sujeito, a autora entende que o ato sempre é vinculado, pois somente pode ser praticado por aquele agente que tem competência determinada na lei.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 198-202.

²² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 178.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 176-190.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. p. 168-182.

Da mesma forma, a finalidade, ou seja, o resultado a ser atingido com a realização do ato, de regra, é elemento vinculado, segundo Di Pietro, razão pela qual, por exemplo, a demissão somente será cabível quando tiver por finalidade punir o infrator. Mesmo assim, existe certa discrecionaliedade quanto a esse elemento, no que tange à definição do que se entenda por “ordem pública, moral, segurança, bem-estar”, uma vez que - em sentido amplo - o ato deve sempre ter por finalidade a busca da realização do interesse público.

Também é de regra que o ato seja vinculado no que tange à forma, exceto quando a lei admitir mais de uma maneira de exteriorização do ato administrativo, desde que sejam sempre observados os princípios que regem o procedimento administrativo, em sentido amplo.

1.3 DISCRICIONARIEDADE

A discrecionaliedade passou a ser objeto de estudo no direito francês, no início do século XIX, quando, ao serem estabelecidas as competências dos tribunais administrativos, excluíram-se determinadas “matérias de polícia”, permitindo ao administrador decidir conforme sua vontade, independentemente de qualquer controle, seja de ordem jurisdicional, seja de ordem legislativa.²⁵

Após a queda de Napoleão, com o retorno da monarquia, através de Luis XVIII, e a conseqüente perda de prestígio da Administração Pública, o Conselho de Estado - numa estratégia para perpetuar sua existência - entendeu não ter competência para julgar os atos discrecionários, referentes à administração, tidos à época como sendo aqueles que não contrariassem direitos individuais.

Discrecionaliedade administrativa é “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.²⁶ De acordo com o conceito apresentado por Di Pietro, a discrecionaliedade está presente nas situações em que “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto”, isso porque o regramento da conduta do administrador nem sempre abrange todos os aspectos da atuação administrativa, podendo a autoridade “optar por uma dentre várias soluções possíveis”.

Para Enterría e Fernandez, “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decision se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidad, economicos, etc.), no incluídos em la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”.²⁷

No exercício do poder discrecionário o administrador está livre, observadas as opções ofertadas pela lei, para a escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo do ato).²⁸ De qualquer forma, não obstante a discrecionaliedade,

²⁵ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. **Discrecionaliedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 87-88.

²⁶ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. **Discrecionaliedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 66-67.

²⁷ ENTERRIA, Eduardo García e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. p. 294.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 146.

se o motivo alegado para a realização do ato for falso ou inexistente, o ato será inválido (teoria dos motivos determinantes). No dizer de Cretella Jr., “o ato discricionário pode dispensar a motivação”, mas, embora possa ser a mesma dispensável, no exercício da discricionariedade, “se o administrador motiva o ato, o *motivo* deve conformar-se à lei”.²⁹ Ademais, conforme Di Pietro, é inválido o ato quando o administrador “usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou” (teoria do desvio de poder ou de finalidade).³⁰

Na prática, não há como o legislador imaginar todas as situações a serem enfrentadas pelo administrador público e, menos ainda, prever qual será a decisão mais apropriada levando em consideração as circunstâncias de cada caso a ser resolvido. Além disso, justifica-se a concessão de certa margem de atuação à autoridade em vista da imprescindível flexibilidade inerente à necessidade de que sejam atendidas as mais variadas e complexas exigências públicas, sendo cabível invocar-se o princípio da continuidade da prestação do serviço público também como justificativa para a existência da discricionariedade administrativa.³¹

Di Pietro apresenta, ainda, como justificativa para a discricionariedade, do ponto de vista prático, a importância de que seja evitado o automatismo nas decisões administrativas tomadas para a consecução dos fins de interesse geral. De acordo com Cretella Jr., os agentes da Administração “não são autônomos, não podem ficar adstritos a fórmulas rígidas”, sob pena de a máquina estatal não funcionar. E arremata: “Juizes absolutos da oportunidade e da conveniência, servos incondicionais da legalidade, contra a qual não têm a possibilidade de rebelar-se, orientam-se na direção do interesse público, que procuram efetivar”.³²

E eis aí o limite entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Excedendo o limite da legalidade, agindo sem observar o disposto na legislação, deixa o agente de agir com discricionariedade e passa a haver a arbitrariedade, implicando a invalidade do ato arbitrário. “Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei”.³³ Desde há muitos anos a jurisprudência vem invalidando as decisões tomadas pelo governante em contrariedade ao disposto na lei, como se vê pela seguinte ementa em acórdão do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE.

A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6.,

²⁹ CRETELLA JR., José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. p. 138 e 146.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. p. 181.

³¹ XIMENES, Maria do Socorro Demétrio. Discricionariedade e arbítrio. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. p. 137.

³² CRETELLA JR., José. **Curso de direito administrativo**. p. 220.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 144.

parágrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respalda-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discrecionalidade e Controle judicial).³⁴

Sempre que a lei determina o comportamento do Poder Público em prol do administrado, desde que atendidos os requisitos legais por parte desse, qualquer omissão da administração leva o cidadão a exigir, na via judicial, a satisfação do seu direito. A administração deve realizar o ato sempre que verificado terem sido atendidas as exigências legais.

Assim, quando a atividade é vinculada, o administrado tem um direito subjetivo, podendo se valer do Poder Judiciário para determinar à administração que cumpra o disposto no ordenamento. Entretanto, quando o Poder Público nega pedido do administrado, com base na discricionariedade, está apenas ferindo um interesse, não um direito do solicitante, como se verifica no seguinte caso, também julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

Não pode o servidor invocar a garantia do direito adquirido para reivindicar a percepção de proventos segundo o sistema vigente ao tempo da inativação. A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira. (RE 159.196, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.09.95, AGRAG 159.037, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 15.09.95 e RE 116.683, rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.03.92). Recurso extraordinário provido.³⁵

Bandeira de Mello ensina que a discricionariedade é adotada pelo legislador por ser a única forma pela qual a lei pode ser integralmente satisfeita, no que diz respeito à busca da finalidade, ou seja, é dada ao administrador uma certa liberdade como forma de ser atendida plenamente a exigência da busca do bem comum, cabendo à Administração Pública escolher a opção que melhor atenda ao interesse público. Como exemplo, o autor cita o caso de atendimento médico gratuito às pessoas pobres, em que o intento assistencial não seria atingido se a lei, de forma vinculada, estabelecesse o que é ser pobre, pois o filho de uma família de posses que

³⁴ Recurso Extraordinário n. 131.661/ES. Rel.: Min. Marco Aurélio. **DJU** 17 nov. 1995, p. 39209, j. em 26 set. 1995.

³⁵ Recurso Extraordinário nº 255.328/CE. Rel.: Min. Ellen Gracie. **DJU** 11 out. 2001, p. 19, j. em 11 set. 2001.

não tenha renda alguma poderia vir a ser considerado pobre, em prejuízo daquele que ganha algo mais que um salário mínimo e sustente, além dos filhos, também os pais incapacitados para o trabalho. Asseverando que “a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente”, não se admitindo que a autoridade considere qualquer uma das decisões possíveis, é que Bandeira de Mello conclui no sentido de que a discricionariedade existe apenas na lei, no campo da abstração, pois no caso concreto não haverá qualquer liberdade ao administrador, que deve optar pela melhor solução, a qual é única, pois, “quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”.³⁶

A imprescindibilidade de que a decisão administrativa seja aquela que guarde maior afinidade com o interesse público conduz a que, em determinados casos, por ocasião da concretização da norma, não reste espaço para qualquer discricionariedade na tomada de decisão.

Assim, Bandeira da Mello destaca que, “perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será *sempre muito menor e pode até desaparecer*. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal” (grifado no original).³⁷

Quando a lei regula a conduta de forma vinculada, é porque o legislador já sabia a forma de ser atingida a finalidade, só não o fazendo nos casos em que a escolha deve ser feita com base nas circunstâncias do caso concreto.

Portanto, é incorreto dizer que a discricionariedade decorre da ausência da lei. Pelo contrário, conforme Di Pietro, “a fonte da discricionariedade é a própria lei”.³⁸ Para Germana Moraes, a discricionariedade “resulta da abertura normativa, em função da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o direito no caso concreto”.³⁹

Bandeira de Mello leciona que a discricionariedade quanto ao conteúdo (objeto) do ato administrativo, ou seja, quanto à providência a ser adotada, pode decorrer da falta de precisão da norma ao descrever a situação fática (discricionariedade da hipótese da norma), como no caso em que a norma não apresenta os pressupostos fáticos para atuação do Estado, da diversidade de condutas possíveis ao administrador (discricionariedade do comando da norma), tal como ao conceder liberdade para o administrador conceder ou não um prêmio quando atendidos determinados requisitos e, ainda, quando presentes conceitos indeterminados a serem alcançados pelo governante (discricionariedade da finalidade da norma). Cita como exemplo a expulsão da praia de pessoas vestidas de forma indecorosa, o que exige a definição do que seja ou não decoroso.⁴⁰

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. p. 32-35.

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de direito público**. p. 32.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 177.

³⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 39.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. p. 19-21.

Para Di Pietro, a discricionariedade existe seja porque “a lei expressamente a confere à administração” (remoção do servidor por conveniência do serviço), seja quando “a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações” como também porque a lei “não estabelece a conduta a ser adotada” pelo Poder Público, ou, ainda, porque “a lei usa certos conceitos indeterminados”.⁴¹ Verifica-se, a propósito, em todas as hipóteses elencadas, que a discricionariedade decorre expressamente da lei, como antes salientado, não da ausência da lei.

Germana Moraes, por sua vez, declara que “o exercício da competência discricionária compreende simultaneamente as manifestações da discricionariedade quanto aos pressupostos de fato e a discricionariedade quanto aos efeitos”, razão pela qual, com base em Sérvulo Correia, diferencia a discricionariedade quanto aos pressupostos, discricionariedade de decisão, discricionariedade de escolha optativa e, ainda, discricionariedade de escolha criativa.⁴²

Com tantas possibilidades de livre apreciação ofertadas pela lei ao administrador - ainda que sempre observando os princípios constitucionais -, cumpre referir a importância do uso da discricionariedade, reproduzindo-se a manifestação de Couto e Silva, para quem a discricionariedade é uma “atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública”.⁴³

Finalmente, cumpre destacar que o mais adequado, ao tratar da discricionariedade, é tomá-la como um dever, não como um poder da administração.

É com razão, no nosso entender, que Bandeira de Mello adverte que o poder discricionário “jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto [...] porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei.”⁴⁴ O Poder Público está sempre sujeito ao dever de atingir a finalidade, submetendo-se ao disposto na lei. Para o autor, “os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever”. No mesmo sentido, Sundfeld conclui que “discricionariedade não é sinônimo de liberdade administrativa, mas sim de dever-poder de o administrador, após o trabalho de interpretação da norma e de confronto desta com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei”.⁴⁵

Ocorre que o administrador não tem liberdade - não tem poder! - para decidir ao seu bel prazer, devendo orientar seu agir na busca constante da concretização do bem comum. Ainda que atue com maior ou menor margem de liberdade, o governante sempre está subordinado ao disposto na Constituição Federal, estando todos os atos administrativos, no todo ou em parte, sujeitos ao controle judicial.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 77.

⁴² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 40-42.

⁴³ COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**. p. 67.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. p. 13.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de direito público**. p. 137.

PARTE II - CONTROLE JUDICIAL

No Brasil, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário data dos primórdios da República, tendo sido instituído, de acordo com Couto e Silva, pela Lei nº 221, do ano de 1894, que, ao tratar da organização da Justiça Federal, dispunha no § 9º do artigo 13:

a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade.

b) A medida administrativa, tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário, somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.⁴⁶

Di Pietro define o controle da administração “como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”.⁴⁷

A Administração Pública, em geral, está sujeita ao controle de seus atos. Para tanto, há o controle administrativo, o controle legislativo e o controle judicial ou jurisdicional, conforme se leve em conta a denominação do órgão ou da função.⁴⁸ Tal controle, portanto, pode ser interno e externo. Controle interno, segundo Celso Bastos, é o “que se verifica no próprio seio do Poder que o exerce, não é desempenhado por um Poder sobre o outro”; o controle externo é o exercido por um dos poderes instituídos com relação aos atos praticados por outro poder, como o controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pela Administração Pública.⁴⁹

Para Juarez Freitas, “não há, com efeito, ato administrativo insindivível, porquanto inexistente ato exclusivamente político”.⁵⁰ A propósito, quanto aos atos da administração, Di Pietro elenca como submetidos ao controle judicial os atos administrativos, exceto no que tange ao mérito, os atos normativos, os atos políticos,⁵¹ quando afetarem direitos individuais, e também os atos *interna corporis*, no que excederem ao seu conteúdo, causando lesão a direitos individuais e coletivos.⁵²

Controle jurisdicional, para Diógenes Gasparini, é “o controle de legalidade dos atos e atividades administrativas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário por

⁴⁶ COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**. p. 64.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. p. 478.

⁴⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 86-89.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. p. 323.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. p. 207.

⁵¹ Durante a vigência da Constituição de 1937 não havia controle judicial sobre os atos políticos, em vista do expressamente disposto no artigo 94.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. p. 494.

órgão dotado do poder de solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos”.⁵³

Vem a calhar ensinamento de Juarez Freitas, no sentido de que “o controle nunca poderá ser exitoso se se cingir à legalidade estrita”, devendo haver plena sujeição do administrador ao direito.⁵⁴ De forma mais abrangente, Di Pietro assevera que “a finalidade do controle é assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, motivação, impessoalidade...”⁵⁵

A verificação pelo Judiciário da fiel observância de tais princípios não só protege o indivíduo em face do Poder Público, como também, “secundariamente, [é] útil ao próprio mecanismo da Administração Pública”, evitando o pagamento de indenizações por atos danosos, o desperdício de recursos financeiros e a defeituosa prestação de serviços públicos, por exemplo.⁵⁶

2.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE

O controle é a contrapartida à presunção de legitimidade de que é dotado o ato administrativo e se faz não só no interesse do administrado, uma vez que muitos dos atos irregulares não apenas lesam o Estado, como também o interesse público em geral, conjuntamente ou não com o dano causado ao particular.⁵⁷ Cumpre lembrar que, em havendo prejuízo ao Estado, estará sendo lesada toda a coletividade, pois os recursos públicos são havidos dos contribuintes. Através da fiscalização, portanto, assegura-se a preservação do interesse público e também do particular.

Ademais, o controle serve de contrapeso à delegação de autonomia ao Poder Público, quanto à conformidade do ato praticado em relação aos ditames constitucionais. Nesse sentido é o adinículo de Martins Jr.: “O controle judiciário incide sobre a conformidade da opção eleita com o ordenamento jurídico que não despreza a noção de boa administração, que não é diretiva exclusiva de ação do mérito, mas diretiva final atinente à esfera de legitimidade da atuação administrativa”.⁵⁸

Inexistindo controle, está aberto o caminho para a arbitrariedade. Por certo, quanto maior for o grau de instrução da sociedade, maiores serão as exigências formuladas perante o governo e maior será a cobrança para que os direitos constitucionais sejam efetivamente respeitados.

Até pouco tempo, praticamente, a interpretação constitucional era elaborada apenas por intérpretes jurídicos e pelos participantes formais do processo constitucional. Entretanto, todos os segmentos da sociedade devem exigir que o Estado cumpra o determinado pela ordem constitucional. A propósito, afirma Häberle que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista

⁵³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. p. 386.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. p. 207.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 478.

⁵⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 92.

⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. p. 320.

⁵⁸ MARTINS JR., Wallace Paiva. A discrecionalidade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos tribunais**. p. 84.

for a sociedade”. Para o autor, deve-se passar de um modelo de interpretação do tipo “sociedade fechada” para o de “sociedade aberta”, mediante a participação de todas as parcelas da sociedade.⁵⁹

A proposta implica envolvimento de todas as forças da sociedade no processo e considera a interpretação pluralista não apenas mais um elemento da sociedade aberta – e dela decorrente – como também um elemento que constitui tal sociedade. Destarte, somente uma sociedade consciente pode exercer o adequado controle dos atos administrativos, velando pela regularidade da administração, seja através de movimentos espontâneos junto aos parlamentares e bases governistas, seja diretamente na via administrativa, seja, ainda, através da via judicial.

Para Celso Bastos, o controle tem por finalidade “a submissão do Estado à ordem jurídica e a eficiência administrativa... dentro da trilha da legalidade, da conveniência e da oportunidade pública”.⁶⁰

Sem a presença de meios eficazes que garantam a efetividade do direito e o pleno exercício da cidadania, não se pode cogitar da construção de um Estado Democrático de Direito, conforme determina o *caput* do artigo 1º da Constituição Federal.⁶¹ Com relação aos diversos dispositivos constitucionais, Edimur Faria observa que “de nada valeriam esses direitos e garantias se a sociedade e os indivíduos não dispusessem de instrumentalidade jurídica hábil e eficiente para, em juízo, se defenderem contra os abusos e arbitrariedades dos agentes públicos com poder de decisão”.⁶²

O monopólio da função jurisdicional única não impede a existência do contencioso administrativo, constituído por órgãos do Poder Executivo com competência para julgar reclamações dos administrados, o que, aliás, é muito comum na esfera do direito tributário.⁶³ A existência de tal possibilidade não implica a admissão da jurisdição dupla, porque em tal sistema, também denominado de “sistema francês”, as decisões prolatadas pela jurisdição administrativa são definitivas, fazendo coisa julgada, ao passo que, no Brasil, em razão da jurisdição una, se o administrado não obtém êxito na via administrativa, pode recorrer ao Poder Judiciário, conquanto a decisão administrativa não faz coisa julgada, tendo definitividade relativa, ou seja, somente não podendo ser repetido o pedido na via administrativa.

Tal garantia constitucional é válida mesmo no caso em que a lesão é praticada pela Administração Pública. Dessa forma, com fundamento constitucional, qualquer ato administrativo está à mercê do controle judicial, mesmo os atos realizados pelo próprio Poder Judiciário, quando de cunho administrativo, como antes salientado.

Por ocasião da apreciação judicial, para fins de julgamento da lide, o Estado

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. p. 13.

⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. p. 322.

⁶¹ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania.”

⁶² FÁRIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. p. 582.

⁶³ Questões atinentes a tributos federais são julgadas, em grau recursal, pelos Conselhos de Contribuintes. Os Estados mantêm, também, seus órgãos administrativos julgadores, inclusive com segunda instância, como o Tribunal de Impostos e Taxas, em São Paulo e o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, no Rio Grande do Sul.

encontra-se em pé de igualdade em relação ao administrado, não descaracterizando tal posição a existência de tratamento especial, tais como prazos especiais para responder e recorrer, pagamento de despesas ao final e recurso de ofício.

2.2 LIMITES DO CONTROLE

Demonstrado que não existe ato plenamente discricionário, mas, sim, que determinados aspectos de certos atos podem ser livremente apreciados pelo administrador, e superada a fase em que se entendia que o exercício da discricionariedade se encontrava totalmente fora da área de controle pelo Judiciário, cumpre aprofundar o estudo quanto aos limites do controle jurisdicional sobre o exercício da discricionariedade administrativa.

A propósito, ensina Germana Moraes:

A extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, vale dizer, dos atos emanados da competência discricionária ou decorrentes da valoração administrativa de conceitos verdadeiramente indeterminados, não se delimita a partir da exclusão de determinados atos administrativos do crivo do Poder Judiciário. Atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, embora nem sempre plena...⁶⁴

Ao tratar da abrangência do controle por parte do Poder Judiciário, cabe ressaltar que devem ser sempre respeitados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, os princípios gerais do direito e os direitos fundamentais, “que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material”.⁶⁵ A observância dos preceitos que regem a Administração Pública e dos princípios gerais não é novidade, tanto que Juarez Freitas assegura que “qualquer ato discricionário que se torne lesivo a qualquer um dos princípios pode e deve ser anulado”⁶⁶. Ademais, também é necessário que o Poder Público observe que a execução dos atos administrativos se faça em consonância com os direitos fundamentais, sob pena de invalidação judicial. Rafael Bielsa ensina que “lo discrecional siempre tiene límites ‘virtuales’ que son los principios constitucionales, las reglas legales generales, los principios de moral administrativa, la objetividad, imparcialidad, igualdad ante la ley, la economía en los gastos, etc”, sob pena de degeneração em arbitrariedade e imoralidade.⁶⁷

⁶⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 153.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 101 e 331.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. p. 138.

⁶⁷ BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. t. II, p. 7.

De acordo com o disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, a Administração Pública deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A observância ao princípio da legalidade é questão básica, o que justifica a afirmativa de Di Pietro de que “no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa”.⁶⁸ Após reconhecida a necessidade da efetiva participação do cidadão tanto no processo político como no controle da administração, evoluiu-se para o Estado Democrático de Direito, com o princípio da legalidade recebendo nova roupagem, passando-se a exigir que o Poder Público não atue apenas em consonância com a lei, mas, em especial, em conformidade com o direito (e com a moral) para a efetiva realização da justiça.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, decorre da igualdade, razão pela qual os atos administrativos não podem ser praticados com o intuito de beneficiar ou prejudicar determinados particulares em contrariedade ao bem comum. Quando se fala em igualdade, diz respeito ao aspecto jurídico e sua desconsideração propicia a sindicabilidade do ato, mesmo quando praticado com discricionariedade.

Também o princípio da moralidade não é ditame isolado na norma constitucional, devendo ser observado conjuntamente com os demais preceitos que regem a Administração Pública. Dessa forma, o ato administrativo deve atender à legalidade, mas também à impessoalidade e à moralidade. Sabidamente, nem todo ato legal preenche os requisitos da moralidade. Uma vez que discricionariedade não significa arbitrariedade, sempre que o ato administrativo refletir intenção contrária ao interesse geral, estará apto a sofrer o controle judicial. A correção do ato pode levar em conta “o sentido do objeto, a forma não adequada, a falta de motivo e o móvel não determinado”.⁶⁹ Portanto, uma vez obrigatório que o ato sempre atenda à finalidade pública, o desvio de finalidade implica o desrespeito ao princípio da moralidade. Para Di Pietro, “o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal (...) [e] (...) sendo inválido, o ato administrativo imoral pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, para fins de decretação de sua invalidade”.⁷⁰ Esse ensinamento aplica-se tanto aos atos vinculados quanto aos dito discricionários.

Grande inovação foi introduzida no texto constitucional de 1988, através da submissão do Poder Público ao princípio da publicidade. A obrigação de agir com a maior transparência possível permite o controle da administração, implicando a invalidade do ato quando descumprido o preceito constitucional, ressaltando-se apenas as informações que digam respeito à segurança nacional.

Ademais, através da Emenda Constitucional nº 19, incluiu-se no *caput* do artigo 37 da Lei Fundamental o princípio da eficiência, a ser observado na prática dos atos administrativos de qualquer espécie. A busca da eficiência já era observada no Estado do Rio Grande do Sul, sendo que a Lei nº 10.547, de 25 de setembro de 1995, estabelece a obrigatoriedade do Poder Público de valer-se dos recursos públicos

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. p. 37.

⁶⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. p. 142.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. p. 161.

de forma “razoável, adequada, eficiente e eficaz”, dando prioridade à conclusão de obras inacabadas e observando a real viabilidade da proposta vencedora de licitação, dentre outros propósitos.

Cumpra assinalar ainda que o administrador público também deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade, embora não expressamente indicado no texto constitucional, uma vez que esse preceito “é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”.⁷¹ A propósito, na Alemanha cabe ao julgador avaliar: “(a) se a medida tomada pela autoridade administrativa é suscetível de alcançar o objetivo pretendido (princípio da adequação); (b) se a medida é necessária ... (c) ... se há desproporção entre meio e fim (princípio de proporcionalidade em sentido estrito)”.⁷²

Di Pietro, após sumariar a opinião dos mais renomados doutrinadores brasileiros e indicar que tanto o princípio da razoabilidade como o da proporcionalidade vêm elencados na Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo na esfera federal, reporta-se ao princípio da razoabilidade, isso porque este inclui aquele, não havendo razoabilidade se não existir proporcionalidade entre os meios e os fins a que se propõe o Poder Público. Segundo a autora, fere tal princípio, por exemplo, exigir prova de língua estrangeira na seleção para servente. Ainda, a desproporção entre os meios e os fins ou a reprovação de candidato sem a adequada motivação são justificativas plausíveis para a invalidação judicial do ato.⁷³

Os atos praticados com discrecionalidade também se sujeitam ao controle judicial quanto aos limites impostos pelos princípios gerais de direito. Assim sendo, a administração há de submeter-se aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da vedação do enriquecimento ilícito, da igualdade perante a prestação de serviços públicos e dos encargos, da continuidade da prestação do serviço público, dentre outros, de forma a impedir o abuso do poder discricionário ou, melhor dizendo, o mau uso do dever discricionário. Clarissa Silva transcreve ensinamento de Jean Rivero pertinente ao tema, pois o autor assegura que “os princípios gerais do direito têm força obrigatória em relação à Administração: os atos dela que os transgridam são anulados e podem, se tiverem causado algum dano, originar responsabilidade administrativa”.⁷⁴

Quanto à observância dos direitos fundamentais por parte da administração, sua evolução vem bem historiada por Alberto Nogueira, que transcreve ensinamentos, dentre outros, de Hans Peter Schneider, para quem os direitos fundamentais passaram a ser dotados de “vinculação jurídica obrigatória em face de todos os poderes estatais”, de tal forma que, “à diferença da anterior tradição constitucional alemã do século XIX e começos do século XX, os direitos fundamentais têm validade não mais pelas próprias leis, mas, ao contrário, as leis têm força pelos direitos

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 397.

⁷² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 191.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. p. 201-204.

⁷⁴ SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. p. 71.

fundamentais”.⁷⁵ Por tal sujeição das leis aos princípios fundamentais, uma vez que os mesmos sejam desconsiderados por ocasião da prática do ato administrativo, caberá ao Poder Judiciário apreciar se o mesmo é dotado ou não de validade.

De outro aspecto, a revisão judicial também abrange os elementos dos atos praticados com discrecionalidade, quais sejam: o sujeito, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto. O cidadão pode invocar a tutela jurisdicional quando ocorrer lesão ao patrimônio público, valendo-se da ação popular, regulada pela Lei nº 4.717/65, que tem como nulos os atos administrativos viciados em razão da incompetência, de vício de forma, de ilegalidade do objeto, pela inexistência dos motivos e, ainda, em razão de desvio de finalidade.

Oportuno transcrever ensinamento de Bandeira de Mello, nos seguintes termos:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e de resto fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.⁷⁶

Em relação ao sujeito que realiza o ato, não há que se falar em discrecionalidade, devendo o ato ser praticado pelo agente com competência para tanto, em cumprimento ao disposto na lei, sendo passível de controle judicial absoluto, seja quanto à usurpação de função pública por pessoa não investida regularmente, seja quanto ao abuso de poder, situação em que o agente exorbita de suas funções e, ainda, no que tange à invasão de poderes pelo agente que pratica o ato.⁷⁷ Estando prevista em lei a competência para a prática de determinado ato, sua inobservância gera uma ilegalidade, justificando-se o controle judicial.

A forma de exteriorização do ato, de regra, é escrita, pois é o melhor meio de obter-se a devida publicidade determinada na Lei Fundamental e vem previamente estabelecida. Eventualmente, quando couber ao administrador optar entre uma ou outra forma, o exercício de tal liberdade submete-se ao crivo jurisdicional, tanto que, para Cretella Jr., uma vez que existem para garantia dos direitos de cidadania, “as formas constituem verdadeiro direito subjetivo”.⁷⁸

No que se refere à finalidade do ato, mesmo quando praticado com discrecionalidade, trata-se de elemento vinculado, uma vez que “o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica”.⁷⁹ Para Cretella Jr. “se o administrador, no uso do poder discricionário de que dispõe, deixa de atender ao fim legal a que está indissolivelmente ligado, é claro que ‘exorbita do poder’ que a lei lhe conferiu”, o que possibilita a invalidação do ato, pois, mesmo agindo com discrecionalidade, deve o governante buscar sempre a

⁷⁵ NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. p. 29-30.

⁷⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 466.

⁷⁷ SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. p. 57.

⁷⁸ CRETELLA JR., José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. p. 271.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 128.

realização do bem comum.⁸⁰

É com relação ao motivo e ao objeto que a autoridade possui maior liberdade para a prática do ato, o que não exclui certo controle judicial.

Quanto aos pressupostos de fato, é nos atos praticados no exercício da discrecionaliedade que mais prevalece a necessidade de que sejam expostos os motivos que determinaram a execução do ato, pois, de outra maneira, não há como controlar se o administrador está agindo de acordo com os princípios que regem a função pública.

Di Pietro ensina que há discrecionaliedade quanto ao motivo quando a lei deixá-lo a critério do administrador (como na exoneração de funcionário nomeado para cargo em comissão) e quando forem utilizadas palavras cujo sentido não venha explicitado na lei (por exemplo: falta grave).⁸¹ Mesmo nesses casos, compete ao Poder Judiciário averiguar a efetiva ocorrência dos motivos apresentados como justificantes do ato tido como discricionário, pois, se o motivo inexistir, o ato será inválido, segundo a teoria dos motivos determinantes.

Lembrando que administrar é “a atividade de quem não é proprietário”, Bandeira de Mello ressalta que não se cogita do administrador não justificar seus atos, razão pela qual “jamais seria de admitir que a autoridade pudesse expedir um ato *sem motivo algum* - pois isto seria a consagração da irracionalidade - ou que pudesse escolher *qualquer motivo, fosse qual fosse*, pois redundaria no mesmo absurdo da irracionalidade”.⁸²

No que diz respeito ao objeto, ou seja, quanto ao conteúdo do ato, a escolha pode ficar a cargo do administrador quando autorizado a agir com discrecionaliedade, constituindo o que se entende por mérito administrativo, como na possibilidade de opção entre punir o funcionário com a pena de suspensão ou de multa. Será nulo, porém, não obstante a discrecionaliedade, “o ato administrativo que vise a um objeto irreal ou gravemente danoso ao interesse público”.⁸³

É Cretella Jr. quem, após referir que “os autores evitam o problema da definição do mérito”, assim se manifesta quanto ao tema:

[...] *in concreto*, o mérito apresenta-se como a *ponderação pessoal da autoridade administrativa* sobre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, a nada decidir. Essa *ponderação pessoal* é traduzida em um *juízo de valor*. Isto é *melhor*, isto é *útil*, isto é *oportuno*, isto é *conveniente*.

Ainda segundo o autor, a apreciação diz respeito a “hora, dia, lugar, eqüitabilidade, (*sic*), razoabilidade, justiça, economia, acerto, moralidade, injustiça, utilidade intrínseca, fidelidade aos princípios da boa gestão”.⁸⁴ Aliás, para Díez, mérito é “la necesaria correspondencia entre el contenido del acto y su resultado”.⁸⁵

⁸⁰ CRETELLA JR., José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. p. 264.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. p. 179.

⁸² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionaliedade e controle jurisdicional**. p. 94.

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. p. 145.

⁸⁴ CRETELLA JR., José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. p. 234-235.

⁸⁵ DíEZ, Manuel María. **El acto administrativo**. p. 249.

Enquanto Bandeira de Mello ensina que mérito «é o campo de liberdade suposto na lei», permitindo ao administrador que «se decida entre duas ou mais soluções admissíveis»⁸⁶ no caso concreto, Meirelles entende que o mérito administrativo se consubstancia “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.⁸⁷

Sempre que presentes os pressupostos exigidos pela lei, nos atos vinculados, não há qualquer possibilidade de escolha ao governante, pois a conduta administrativa já vem preestabelecida. Não é o caso, porém, quando a administração atua com liberdade, podendo então fazer as ponderações referidas por Cretella Jr., Bandeira de Mello e Meirelles.

Quanto à extensão do controle judicial, oportuno transcrever decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. ALÍQUOTAS REGIONALIZADAS. LEI 8.393/91. DECRETO 2.501/98. ADMISSIBILIDADE.

1. Incentivos fiscais concedidos de forma genérica, impessoal e com fundamento em lei específica. Atendimento dos requisitos formais para sua implementação.
2. A Constituição na parte final do art. 151, I, admite a “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país”.
3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a *análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário*. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR.
4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026).
5. Recurso extraordinário não conhecido. (o grifo é nosso).⁸⁸

Ainda que reste excluído da competência do Poder Judiciário o exame do que se denomina “mérito” do ato, ou seja, o controle judicial não atinge a análise quanto à oportunidade e à conveniência da prática do ato administrativo, “tudo que signifique

⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. p. 38.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 131.

⁸⁸ Recurso Extraordinário n. 344.331/PR. Rel.: Min. Ellen Gracie. DJU 14 mar. 2003, p. 40. j. em 11 fev. 2003.

desvio ou exorbitância do âmbito traçado à atividade discricionária enseja o controle judicial”, pois o mérito não pode abrigar ilegalidade ou inconstitucionalidade.⁸⁹ Aliás, exatamente em razão de o mérito do ato não poder ser questionado em sua totalidade é que “o controle de sua adequação deve ser realizado com maior rigor, uma vez que a discricção existe, presumidamente, para que o agente concretize, com maior presteza, a finalidade vinculante do sistema”.⁹⁰ Ocorre que o legislador deixou em aberto a conduta pelo Poder Público, no caso concreto, para que a decisão administrativa seja a mais apropriada na busca do bem comum, em obediência aos princípios constitucionais.⁹¹

De qualquer forma, sendo de competência do administrador ponderar sobre a conveniência e oportunidade do ato praticado dentro dos limites da discricionariedade, a decisão administrativa não pode ser substituída pela decisão do juiz. Isso porque - e é importante frisar - a possibilidade de controle judicial, ainda que cada vez mais ampliada, não outorga ao juiz poderes para substituir os “critérios subjetivos” que nortearam a decisão administrativa pelos seus próprios critérios pessoais.⁹²

Não sem antes registrar que o controle judicial fortalece a atividade do Poder Público na busca da realização do bem comum, Morón salienta que, por estar constitucionalmente legitimada a ação do Poder Público, é que cabe à Administração Pública decidir qual a opção que melhor satisfaz ao interesse público.⁹³ Para a tomada de decisão, freqüentemente, é necessário levar em consideração, além dos aspectos jurídicos, também fatores técnicos e políticos, o que enseja a possibilidade de serem encontradas várias soluções juridicamente aceitáveis. Nesse caso, desde que atendidos os princípios constitucionais, a solução adotada pela administração não pode ser substituída pela escolha individual do julgador, posto que esse não tem legitimidade para tanto. Se houvesse possibilidade de o juiz decidir em substituição ao governante, nos casos em que é facultado a esse agir com discricionariedade, estar-se-ia quebrando o princípio da independência dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal.⁹⁴ Reitera-se: quem tem competência para decidir sobre a administração do Estado é o governante eleito, legitimado pelas urnas, não o representante do Poder Judiciário.

Para finalizar, cumpre salientar que, ainda assim, há situações em que o julgador pode determinar o encaminhamento a ser dado ao caso concreto pelo Poder Público. Isso ocorre quando, observados os princípios constitucionais e legais, resta uma única opção viável. “Se se puder extrair uma solução unívoca para a situação vertente, estar-se-á no domínio da vinculação, e não da discricionariedade”.⁹⁵ Mas, na verdade,

⁸⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 84.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. p. 152.

⁹¹ Não obstante a indicação de nome para integrar tribunal seja exemplo de ato dito discricionário, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 167.137 o Supremo Tribunal Federal consignou que deve haver “um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar”, limitando, portanto, o exercício da discricionariedade no momento da escolha do nome.

⁹² LEITE, Luciano Ferreira. **Discrecionalidade administrativa e controle judicial**. p. 74.

⁹³ MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. p. 153-162.

⁹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 471.

⁹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 50.

se a finalidade do bem comum não foi alcançada, não haverá espaço para a discricionariedade, razão pela qual pode-se admitir a intromissão judicial, pois o controle será da legalidade e do cumprimento dos princípios, não propriamente da opção discricionária tomada pela Administração Pública.

CONCLUSÃO

Compete à Administração Pública a busca de alternativas para a prestação dos serviços públicos, o exercício adequado do poder de polícia e a implementação das atividades de fomento. Para tanto, são praticados constantemente atos de administração, dentre eles os denominados “atos administrativos propriamente ditos”.

Como o legislador não tem condições de prever todas as situações a serem enfrentadas e resolvidas pelo Poder Público, há atos em que a Administração Pública pode decidir quando e como realizá-los. Tais atos ao longo do tempo têm sido denominados de “atos discricionários”. Melhor seria dizer, porém, que em determinadas circunstâncias é dada liberdade de opção ao administrador para a prática de atos administrativos, pois não há possibilidade de o administrador agir com total liberdade, ou seja, não há ato totalmente discricionário.

A discricionariedade não é a falta de disciplina legal, mas, sim, a previsão de que o administrador escolha o caminho que melhor atenda ao interesse público. Dessa forma, a referida liberdade existe apenas no plano abstrato, pois, no caso concreto, o administrador deve optar pela solução que melhor atenda ao interesse público.

Exatamente por estar a Administração Pública obrigada a satisfazer ao interesse comum, todos os atos administrativos (inclusive os praticados com discricionariedade) podem ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, que tem competência para investigar se o ato impugnado está em conformidade com os princípios gerais que regem a Administração Pública, como também com os demais princípios de direito e, ainda, se está em harmonia com os direitos fundamentais dos indivíduos.

A possibilidade de controle, entretanto, não outorga ao juiz poderes para impor a sua decisão em substituição à escolha feita pelo administrador, quando essa atender ao interesse público, sob pena de o excesso de controle implicar a quebra do princípio da independência dos poderes. Ademais, quem tem legitimidade para governar o Estado é o escolhido pelas urnas, não o representante do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev, atual. e ampl.

São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 131.661/ES. Relator: Min. Marco Aurélio. 2. T. 26 set. 1995. **DJU** 17-11-1995. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 22 out. 2004.

_____. Recurso Extraordinário n.167.137/TO. Relator: Min. Paulo Brossard. 2. T. 18 out. 1994. **DJU** 25-11-1994. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 22 out. 2004.

_____. Recurso Extraordinário n. 255.328/CE. Relatora: Min. Ellen Gracie. 1. T. 11 set. 2001. **DJU** 11-10-2001. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 22 out. 2004.

_____. Recurso Extraordinário n. 344.331/PR. Relatora: Min. Ellen Gracie. 1. T. 11 fev. 2003. **DJU** 14-03-2003. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 22 out. 2004.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1982. Tomo I.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discrecionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 179, p. 51-67, jan/jun. 1990.

CRETELLA JR. José. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. corr. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Discrecionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIEZ, Manuel Maria. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1961.

ENTERRIA, Eduardo Garcia e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de derecho**

administrativo. Madrid: Civitas, 1997.

ESCOLA, Jorge Héctor. **El interés público** como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo.** 12. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa.** 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos** e os princípios fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Estudos de direito administrativo.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Dicionário eletrônico Aurélio - século XXI.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discrecionalidade administrativa e controle judicial.** São Paulo: RT, 1981.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: RT, 1987.

MARTINS JR., Wallace Paiva. A discrecionalidade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 789, p. 62-89. 2001.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 65, p. 27-38.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. 1. ed. 2. impr. Madrid: Tecnos, 1995.

NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discrecionalidade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do direito. **Revista jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual**. Salvador, p. 14-34. s.d.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo** para uso nas Faculdades de Direito do Império. 2. ed. Recife: Typographia Commercial, 1860.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discrecionalidade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 79, p. 132-138. 1986.

XIMENES, Maria do Socorro Demétrio. Discrecionalidade e arbítrio. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Fortaleza, nº 9, p. 130-147. 1992.